✠

POR EL CAPITAN NICOLAS RVFO, VEZINO DESTA CIUDAD DE CADIZ:

EN EL PLEYTO CON SUS DOS HIJOS DE PRIMERO MATRIMONIO;

SOBRE Los bienes gananciales del, y los que ganò despues de muerta su primera muger.



SVponese por hecho deste pleyto, que el Capitan Nicolas Rufo, siendo casado de primero matrimonio con Doña Juana Pinto de Gueuara, passó à las Indias a negociar, y ganó allà muchos bienes, hasta que ella murió acà en España, donde quedaron dos hijos de ambos, en edad pupilar, y algunos bienes, fuera de los que él tenia consigo en Indias.

Despues de viudo continuó la negociacion allá, y ganó otros muchos bienes, por espacio de casi cinco años, hasta que se casó de segundo matrimonio con Doña Barbora de Villalobos, con quien se vino a España, y en la carta de dote que le otorgó en Indias declaró, que importaua su

caudal hasta 250U. pesos, en diferētes partidas que expressó por mayor, reservando el liquidarlo, y ajustarlo mejor con mas deliberacion, y conocimiento dellas.

Despues vino a España, hizo particion judicialmente con sus dos hijos de primero matrimonio, en la qual dió memorial jurado de los bienes que tenia, y quedaron, assi en Indias, como en España, quando murió su primera muger, que importarō cosa de cincuenta mil pesos poco mas, ó menos, y dellos se formó, y hizo la particion en forma, y se aprobó por auto del Juez en el año passado de 1653. y se notificó a todas las partes, y por ninguna se apeló.

Aora despues de aver passado mas de 15. años, por parte de los dichos dos hijos se ha formado este pleyto contra la dicha particion, diziendo, tener lesion enormissima cōtra ellos, por no aver entrado en ella todos los 250U. pesos, que el Capitan Nicolas Rufo declaró tenia de caudal, y capital suyo quando casó de segundo matrimonio, por dezir que son todos gananciales, y partibles con los dichos dos hijos, ó por tenerlos quando murió su madre, ó por averse continuado con ellos la cōpañia conjugal mientras su padre estuuo viudo; y los fundamentos que para ello tienen son los siguientes.

1. Lo primero, que todo el caudal de 250U. pesos que el dicho Capitan Nicolas Rufo declaró tener quando casó de segundo matrimonio, lo tenia quando murió su primera muger, y que assi son bienes gananciales del primero matrimonio, y por tales se deben tener, por no aver hecho inventario, ò descripcion entonces de los que tenia, y entrar la presuncion de præsenti in præteritum ad traddita por Bar. & Bal. *in l. ex persona, C. de prob.* Alcia. *de præsum. præs.* 26. *num.* 8.

2. Lo segundo, q̃ue aunque el dicho Capitan aya ganado la mayor parte de los dichos 250U. pesos en el tiempo que fue viudo, tambiē se deben tener todos por gananciales, y partibles con los dos hijos, y herederos de la primera muger, por ser visto averse continuado con ellos la cōpañia conjugal, aviendo quedado los bienes en comunidad, y sin partir, como por vnas leyes del fuero, que son la 9. *tit.* 4. *lib.* 5. *for. generos.* y *l.* 6. *tit.* 3. *lib.* 1. *for.* lo tienen. Palac. Rub. *in præfa.*

fa. rubric. de donat. inter. §. 62. *num.* 25. Castill. *in l.* 16. *Taur. num.* 62. Gom. de Leon *in cent. fact.* 5. *num.* 10. Greg. *in l.* 10. *tit.* 10. *part.* 5. *verb.* por la muerte. Gutier. *de iur. conf. part.* 1. *cap.* 48. *num.* 4. Azebed. *in l.* 2. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recop. nu.* 15. Ayor. *de partici. cap.* 6. *nu.* 5. Balasc. *consult.* 166. *num* 6. Juan Gar. *de coniung. acquest. num.* 166. *& seqq.* Escob. *de ratio. cap.* 6. *num.* 63. D. Valenç. *consf.* 13. *num.* 10. *& consf.* 129. *num.* 11.

3. Y tambien se comprueba esta opiniõ, porque el marido despues de viudo, mientras no se casa, se juzga permanecer en el primero matrimonio, *l. fin. C. de bon. mater.* ibi: *Siuè in priori matrimonio, pater ex quo filios habuit permanere voluerit.*

4. Lo tercero, esto se comprueba mas en este caso, por no aver el Capitan Nicolas Rufo hecho inventario, ni descripcion quando muriò su primera muger de los bienes que tenian, con que fue visto querer continuar la cõpañia legal q̃ cõ ella tenia. *Argum. l. item queritur,* § *qui impleto ff. locat. l. in rebus.* § *fin. ff. de praes.* Scob. *dict. cap.* 6. *num.* 64.

5. Lo quarto, porque aviendo el dicho Capitan negociado con el dinero, y caudal de sus dos hijos, y arresgadolo en las nauegaciones, y empleos que hizo siendo viudo, es justo que como los hijos corrieron el peligro, tengan tambien parte en las ganancias que hizo, *ex l. secundam naturã, ff. de reg. iur.*

6. Lo quinto, porque quando el dicho Capitan en la escritura dotal que hizo a su segunda muger declarò el caudal, y capital que por su parte lleuaua al matrimonio, dixo que lo hazia: *Para que aya la claridad, y ajustamiento possible, y que para lo de adelãte cessen litigios, dudas, y dissenciones entre los dichos mis hijos de primero matrimonio, y los que Dios me diere deste segundo, y para que siempre se sepa lo que a cada vno pertenecière, y fuere suyo, y que conste del caudal, y capital que tengo, y traygo a este segundo matrimonio, manifiesto, y declaro que tengo,* &c. De las quales palabras se colige, que la mitad del dicho caudal, y capital era de los dos hijos de el primero matrimonio.

7. HIc tamen non obstãtibus està el derecho por el Capitan Nicolas Rufo, para tenerse por bien fecha, y deberse observar la particiõ judicial q̃ hizo cõ los dichos sus dos hijos de los 50ꝯ. pesos q̃ tenia quando muriò su pri-

mera

mera muger,sin q̃ en ella se halle lesion alguna, ni se debã tener por bienes gananciales los que ganó siendo viudo,y tenia al tiempo que casó de segundo matrimonio,ex seqq.

8. Lo primero,porque aviendose hecho la dicha particion judicialmente con sus dos hijos con conocimiento de causa, y aprobadose por sentencia del Juez,que se notificó a las partes,y passó en cosa juzgada,se debe observar,y guardar,sin que se pueda alegar lesion contra ella por ninguna de las partes;pues si la avia debian apelar,y essa es la diferencia conocida de mas firmeza que ay en la particiõ judicial,que no en la q̃ no lo es,*vt ex l.maioribus, C.com.vtri. iud.*vbiBal.*& l.1.C.si sep.in integ.restit.post.*Pet.Val.*de duob. frat.part.*11.*num.*79.*&* 87.Ayor.*de partit.q.7.num.*15.

9. Y demás de la presuncion que en su fauor tiene la sentencia passada en cosa juzgada,de tenerse por verdad, *l.res iudicata,ff.de reg.iu.c.cum inter.de re iud.*

10. Quedó en este caso mas firme, aviendose passado el quadrienio,no solo despues della,sino despues de aver salido los dichos dos hijos de la patria potestad,y de su minoridad, porq̃ despues del quadrienio no puedẽ regularmẽte pedir restituciõ por lesion contra la dicha sentencia,*cap.*1. *de rest.in integ.in 6.l.insi.C.de temp.in int.restit.l.8.tit.fin.part.*6. Ant.Gom.*tom.*2.*var.cap.*14.*num.*7. Mascard. *conclus.* 1276. *num.* 1. aunque probassen la lesion. Alex. *cons.*30. *num.*17. *lib.*5. Rot.*dec.*276.*num.*3.*diuer.lib.*3.

11. Y asi avian de probar que estauan dentro del quadrienio para ser oidos en la restitucion. Surd. *cons.* 287. *num.*7. *&* 8.*& ex alijs* Mar. Giurb. *dec.*106.*num.*4.

12. Y contra el lapso del quadrienio no se dá restitucion. Ant.Gom.*sup.*Giurb.*sup.num.*11.

13. Mas porque de contrario se dize,que huuo lesion enormissima, y que asi les compete la restitucion despues del quadrienio,*ex Gloss.cõmuniter recepta in dict.cap.*1.huuo causa, & cum multis Giurb.*sup. num.*12. Aunque no importa algo el dezirlo si no se prueba, se hará demonstracion por los fundamentos deste discurso, que en la dicha particion no huuo lesion grande,ni pequeña.

14. Lo segundo,porque en quanto a lo que por parte de los dichos dos hijos se ha dicho , que el capital de bienes que su

su padre tenia, y lleuó quando casó de segundo matrimonio, lo tenia al tiempo que murió su primera muger, es siniestro, y muy inverisimil, y assi ni se ha probado por parte de los hijos, ni aun articulado, ni ofrecido probarlo, como les incumbia, por ser fundamento de su intencion, *ad l. actor, quod asseuerat, C de prob.*

15. Y el que se funda en riquezas las debe probar. Mascard. *de probat. conclus.* 526.

16. Maximé, estando la presuncion en fauor del Capitan Nicolas Rufo, Túm, por nacer todos pobres, iuxta illud Job. *Nudus egressus sum, & c. sicut,* §. *sed ais* 47. *distin.*

17. Túm, porque aviendo ido pobre á las Indias (como es notorio) fue muchissimo, y muy mas de lo ordinario, que en diez años, haziendo viages, hasta la muerte de su primera muger, ganasse, siendo pobre, hasta los 50U. pesos que partió con los dos hijos, demàs de sustentar las cargas del matrimonio con mucha ostentacion.

18. Túm, por aver declarado con juramento la dicha cantidad el dicho Nicolas Rufo su padre, de quien tanto confia el derecho, *l. nam etsi, ff. de in off. testa.* §. *fin.* ibi: *Quis enim patiatur filium, instit. de noxa. Gloss. in l. quidam cum filium, ff. de hæred. inst.* Mascard. *de prob. conc.* 1154. *per tot. vbi num.* 12. ex Bar. *ampliat etiam in actu, qui prima fronte non videtur vtilis* [illegible]*lio.*

19. Tùm, porque en materia de hazienda, y riqueza no se presume de præsente in præteritum; porque *vnusquisque præsummitur in dies ditari, l. si defunctus, C. arbit. tut. Nam quilibet anhelat ad lucrum, l. cura* 4. *ff. de muner. & hono.*

20. Lo qual procede à fortiori in mercatore perito negociari, vt cum Angel. Gregor. Lop. *in l.* 13. *verb.* huuo ganancias, *tit.* 10. *part.* 5.

21. Y assi el que oy tiene ganancias, y riquezas no se presume que las tuuo de antes en otro tiempo. Aret. *cons.* 66. *col.* 8 *num.* 8. Mascard. *dict. conclus.* 526. *num.* 9. Alex. Trent. *lib.* 2. Bartol. *de pres. res.* 1. *vers. Secũdus in fi. Et in socio idem probat* Nat. *cons.* 100. *num.* 16.

22. Y si se dixere, q̃ no es verisimil q̃ solo en casi cinco años q̃ el Capitan Nicolas Rufo estuuo viudo, pudiesse ganar, y adquirir los docientos mil pesos mas, que declaró tenia de cau-

caudal quando casó de segundo matrimonio, se satisface claramente con dos cosas.

23. La vna, con advertir que muchas de las partidas que entonces declaró por caudal suyo (demás de averse olvidado de poner en la dicha declaracion lo que debia) han salido inciertas (como declaradas tan de passo con la presura de tiempo que se dixo, y manifestó en la misma declaracion, y de cosas que estauan ausentes, y repartidas en muchas partes, y en manos agenas, y sin aver hecho la cuenta con ellas.) Las quales con lo que entonces debia, y pagó despues, importan mas de ciento y dos mil pesos, fuera de otras tres partidas que han salido litigiosas, y lo están todavia, que importan otros sesenta y nueue mil pesos, como de vnas, y otras consta por la declaracion judicial que en este pleyto ha hecho el dicho Capitan Nicolas Rufo, por mandado de la justicia, a pedimento de Doña Barbora de Villalobos su segunda muger, en que señala, y especifica cada vna de las dichas partidas inciertas, y litigiosas: con que en este caso se ha verificado lo que dize el Emperad. Justin. *in* §. *fraudem*, ibi: *Sapè enim de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines. Inst. qui & ex quibus cau. man.* y el refran de España: *No ay casamiento pobre*, &c.

24. La segunda, que si se compara el caudal de cincuenta mil pesos, que aviendo ido pobre a Indias adquirió, hasta la muerte de su primera muger, fuera de sustentarla, y su familia, con ostentacion, y lucimiẽto, como queda dicho; fue aquello mucho mas que lo que despues en cinco años sin bolver de las Indias, siendo viudo, adquirió en la verdad, quãdo ya se hallaua rico, y auia crecido mucho su credito, y experiencia en la negociacion. Y al passo desto, las encomiẽdas de mercaderias que le remitian, y encargauan otros; circunstancias que se deben atender en este caso, como abaxo se dirá.

25. Lo tercero, comprũebase mas esto, pues quando en este caso no huuiesse la dicha particion judicial passada en cosa juzgada, concurren en él tres opiniones de los Doctores en fauor del Capitan Nicolas Rufo, aunque aliás son desconformes.

26. La vna es de Escob. *comput. 9, à n. 4. sequitur.* Siguẽç. *lib. 2.*

*de clau.cap.*11.*num.*146.donde con Palac. Rub. prueba, y tiene, que quando vno dexa hijos de dos matrimonios, y no consta en qual tiẽpo dellos, ó de su viudes adquirió los bienes que dexò, que en tal caso se deben ratear, y diuidir, segun lo que verisimilmente pudo ganar en cada matrimonio, ó en la viudes, consideradas la industria, caudal, y circunstancias de cada tiempo.

27\. Esta opinion se comprueba, *ex cap.*1. §.*hi verò* 12.*q.*4. *vbi Gloss. verb. compẽsatione insi.*Rom.*sing.*267.*& ex* Ino. Ant. de But. Abb. Couar. Bal. & Corn. Redoan. *de expol. cleric. q.*9 §.*quid dicendum num.*28.*&* 30.

28\. La segunda opinion es de Ayor. *de partic.*3.*part. quæst.*13 *ex num.* 40. que en este caso tiene, que se deben tener los bienes por ganados despues de disuelto el primer matrimonio, y assi ser partibles entre todos los hijos de ambos matrimonios.

29\. Esta opinion se comprueba del Text. notable *in cap.* 1. 12.*quæst.*5.*& ibi Gloss. & ex doctrina* Bal. *in l. vxorem, num.*13 *C. de condit. in ser.* Alex. *cons.*42.*num.*3.*lib.*5. Crauet. *cons.*61. *num.*7.

30\. Y la razon es juridica, pues hallandose el marido en possession de los bienes, essa le basta para escusarle de probar quando los ganó, y transferir el onus probandi en los que dixeren averlos ganado en tiempo del primero matrimonio, *vt colligitur ex dicto cap.*1.*& ibi Gloss. & ex Gloss. in l. cum opportet. verbo ex eius substantia, C. de bon. quæ lib. & ex alijs* Mascard. *de prob. conc.*1144.*num.*3. Menoch. *lib.*3.*de præsump. præs.*50.*num.*4.*&* 6.*ad fin.* Latè Redoan. *de expolijs Ecclesiast. dict. quæst.*9.§.*quid dicendum num.*32.*& seqq. & num.*48.

31\. La tercera opinion es, que se debe estar á la declaraciõ jurada del que ganó los bienes, diziendo en qué tiempo los ganó, *extradditis, per* Soci. Sen. *num.*91.*col.*4.*lib.*3.

32\. La qual opinion se comprueba, ex doctrina Salic. *in l. etiam, C. de donat. inter, quem sequitur* Burg. de Paz, *nu.*43.*nu.*11 y se debe entender, y seguir quando la declaracion es verosimil, ó concurre con ella alguna conjectura, secundũ Alex. *cons.*116.*num.*3.*in fin. lib.*7. & Menoch. *de arbit. lib.*2. *cas.*195.*num.* 6. Y en este caso bien se vé quan verisimil es la declaracion jurada que dió el dicho Capitan Nicolas

Rufo

Rufo en la dicha particion que hizo con sus dos hijos de los bienes que tenia de su primero matrimonio, y que los demàs los adquirió despues siendo viudo, por aver continuado la negociacion, y por las circunstancias del mayor caudal, credito, y experiencia en ella que entonces tenia mas que de antes, y menos cargas, como arriba se ha notado, de que resultan no solo las conjecturas, sino probabilidad de lo que respectiuè pudo despues ganar, y aumentar su caudal.

33. De suerte, q̃ aunque estas tres opiniones son, aliàs, entre si diferentes, todas concurrẽ en fauor del Capitan Nicolas Rufo, con q̃ tiene por si *el funiculus triplex qui dificilius rũpitur. Eccles. 4. 12. l. si non lex, ff. de hæred. insti. l. discretũ, C. qui testa. fac. pos. cap. 1. de treg. & pa.* Tusc. *lit. D. conclus. 810. cum seq.* Mar. Ant. *var. lib. 1. res. 81. num. 3.*

34. Y mucho mas concurriendo en su fauor la autoridad de cosa juzgada de la dicha particion judicial; de que se manifiesta, que el dezirse por parte de los dichos dos hijos, q̃ al tiempo que murió su madre quedaron todos los bienes que èl dicho Capitan declaró tener quando se casó de segundo matrimonio, y que obró con mala fé, por no averlos incluido, y puesto en la dicha particion, ha sido, si no impulso de codicia, que siempre ciega, mucha inadvertentencia, é inatencion, no solo por ser cosa tan inverisimil, sino contra el juramento de su padre en la relacion de bienes que dió en la dicha particion, y contra su veracidad, y buen credito notorio, y mas de vn padre que tantos bienes les ha adquirido cõ tanto afán, y trabajo, iuxta illud Hora. *Ibis mercator ad Indos, per mare pauperũ fugiens, per saxa per ignem*, y por ello le deben ser mas reconocidos, iuxta illud D. Greg. *Cum enim augentur dona rationes crescunt donorum; & l. Præsbyteris, C. de Epis. & Cler. l. ex qua persona, ff. de reg. iu.*

35. Y contra el respeto, y veneracion que le deben tener, §. *quod nobis inst. per. quas pers. Et cuius persona semper honesta, & sancta filijs videri debet, vt ait I.C. in l. liberta, ff. de obseq. lib. & ideò improba dicitur vos filij adversus patrem, in l. fin. c. de bon. mater. Cum vox patris, & filij eadem debeat esse, §. ei, §. post mortem inst. de inutil. stipul.*

Lo

36. Lo quarto, no puede tampoco considerarse lesiō algūna en la dicha particion, por dezir que la compañia conjugal del dicho Capitan Nicolas Rufo, y su primera muger, se continuó despues de muerta cō sus dos hijos; y que assi los bienes que ganó siendo viudo, se deben tener por gananciales, y partibles con ellos, y los debió traer á la dicha particion, segun la opinion de los Doctores arriba citados, num. 2. Este es el nerbio de la dificultad deste pleyto, y se verá claramente enerbado, y excluìdo en este caso, y la pretension contraria, ex seqq.

37. Porque demás de que la opinion en que se funda de ser visto continuarse la compañia conjugal entre el coniuge superstite, y los herederos del que murió, entendida generalmente no es juridica, ni verdadera; y fundandose principalmente en las leyes del fuero, se debia probar su vso, vt per Rod. Suar. *in proem. leg. for. fol.* 3. & Matien. *in l.* 2. *Gloss.* 1. *num.* 16. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recop.*

38. Y en este caso, no solo no se ha probado, sino antes se halla practicado, y juzgado contra la dicha opinion, *vt refert* Matien. supra, y contra ella tiene absolutamēte Burg. de Paz, *cons.* 43. *nu.* 13. y Matien. *sup. à num.* 13. y Morque. *lib.* 2. *de diuis. bon. cap.* 15. *à num.* 2. la impugnan con muchas razones de derecho, y bien, vt per Gabr. Enriq. *in relect.* §. *actionum, in textu ibi pro socio inst. de act.*

39. Y es bien fuerte, y clara la que se deduce de la causa de la compañia conjugal, que es el matrimonio, y comunicacion de los cuerpos, a quien siguen los bienes, vt in specie Alvar. Valasc. *de part. cap.* 5. *num.* 2. Y cessando esta razon, y causa con la muerte del vn coniuge, y no procediendo cō sus herederos, cessa con ellos la tal cōpañia conjugal, *c. cum cessante, de appell.*

40. Maximè, siendo esta exorbitante del derecho comun, ex multis Morque. *sup. num.* 26. y aun contra las reglas dél, y del derecho de las gentes, pues en la compañia conjugal puede la muger exonerarse de pagar las deudas della con renunciarla, *ex l.* 9. *tit.* 9. *lib.* 5. *Recop.*

41. Lo que es contra la regla general de los contratos, que solo al principio son voluntarios, y despues necessarios, *l. sicut, C. de oblig. & action.* y en especial contra la naturaleza

 de

de la compañia,que es, de estar igualmente al daño,como á la ganancia *l. si vnus,ff.pro socio*, ibi: *Quoniam cum societas contrahitur, tam lucri quam damni communio initur.* Morque. *sup.num.12.* Y aun es algo contra la razon natural, pues la muger està atenida a los commodos de tal compañia, y no á las cargas,y deudas, si despues la renuncia *contra l. secundũ naturam,ff.de reg.iur.* De q̃ se manifiesta quan exorbitãte y odiosa es la compañia conjugal,y consiguientemente lo es la opinion, que la quiere estender fuera de los terminos del matrimonio que la induxo.

42. Y facilmente se responde à las palabras de la *l. fin. C. de bon. mater.* que prueban ser visto permanecer el marido en el primer matrimonio miẽtras es viudo,que procede solo en lo fauorable, pero no en lo perjudicial, vt cum Felin. & alijs respondet Matien.*sup.dict.num.16.* Porque lo que se dize en su fauor en la dicha ley,*non debet in eius odium retorqueri,l quod in fauorem,ff.de legib.*

43. Pero para que mas se conozca la verdad, y justicia en este caso, supongamos por assentada, y seguible la dicha opinion contraria,de que se continua la compañia conjugal con los herederos; y todavia se halla limitada, y no procede en este caso, en que los tales herederos son hijos que quedaron en la patria potestad de su padre; que en estos terminos como es vsufructuario; y legitimo administrador de sus bienes, es visto que por este titulo queda en ellos, y no por el de la compañia conjugal que se extinguió por la muerte de la muger,*l.4.§ dissociamur, l. actione.§.morte,ff.pro socio.* Olea.*de cess.iu.tit.3.quæst.5.nu.5.* Y assi lo que despues gana el padre con los dichos bienes, es todo suyo,y no comun de los tales hijos. Assi lo tienen, y prueban en estos terminos en fauor del padre,declarando, y limitando la dicha opinion contraria Palac.Rub. *in rep. rub.de donat.inter §.62.num.31.vbi quod sic in facti contingẽtia iudicauit.* Escob.*post tract.de ratiocin.coput.9.n.5.* Gabr.Enriq. *Egregius ac notissimus Doctor Salmantinus in relect.dict.§.actionũ in text. ibi pro socio vers. Secundo sequitur,his verbis: Secundo sequitur, quod cum pater legis dispositione sit legitimus administrator bonorum filij, & habeat eorum vsufructum, l. cum oportet,C.de bon.quælib. & cum inventarium facere non teneatur, vt etiam*

etiam ex Gloss. verbo ratio in dicta l. cum opportet, §. Nos autem communiter recepta, secundum Pinels in l. 1. C. de bon. mat. 2. p. num. 21. quamuis non facto inventario bona simul posideat, nihilominus non videtur durare in societate cum filijs, & ideò dimidium lucri ipsis non adquirit, quod verum esse agnoscit Rub. vbi sup. num. 31. & ego semper respõdi in patre qui post longa tempora viduitatis, & adquisitis multis bonis ad secundas transiuit nuptias, D. Juan del Castillo, *de vsufructu cap. 3. num.* 118. *qui etiam loquitur nullo per patrem facto inuentario.* Morque. *de diuisione bon. lib. 2. cap. 15. num. 35. & seqq. vbi num. 40. quod in hoc non est vllum dubium.* Ayll. ad Ant. Gom. *lib. 2. vari. cap. 5 num. 2.* & à fortiori Burg. de Paz, *dict. cons. 44. num. 43.* Mar. Giurb. *in consuet. Mesan. cap. 7. Gloss. 19. à num. 11. & cap. 1. Gloss. 6. part. 1. num. 41. & 42. vbi num. 44. mordicus firmat ab errasse* Acebed. & Matien. *contrariam opinionem tenentes (sed in merito eos corripit vt infra videbitur)* D. Valenç. *cons. 89. num. 9. ad quem se remitit* D. Olea, *dict. quæst. 5. num. 9. & ideò approbare videtur vt ex Gloss.* & Tiraq. Gutier. *in l. nemo potest num. 270.* & D. Juan del Castillo, *dict. cap. 3. num. 116.*

44. Neque adversantur Azeued. *in l. 2. num. 15. tit. 9. lib. 5. Recop.* neque Matienç. *sup. Gloss. 1.* sino antes parece ser de nuestra opinion, porque Azeuedo habla expressamente quando los hijos están emancipados, con que denota sentir lo contrario quando están en la patria potestad.

45. Y Matienço siente lo mismo, *dict. Gloss. 1. num. 43.* Y es de notar, que en los numeros antecedentes, desde el 17. que haze distincion de casos, vá en ellos hablando quando muere el marido, y queda la muger con los hijos; con que en ninguna de sus distinciones dize cosa contra nuestro caso, y opinion.

46. Y tambien Ceball. asiente a ella, aunque obscuramente, *in commu. quæst. 152. num. 7.* donde con Bar. y Calca, asienta que cessa la compañia entre el padre, y hijos que están en su potestad, y que asi no es partible lo que ganare.

47. Comprueban la misma doctrina Bald. *in l. cum opportet, num. 9. C. de bon. qualib.* Menoch. *de præs. lib. 3. præs. 56. num. 5.* Cabalca. *deciss. 11. num. 14. & seqq. lib. 2.* Juan Bautista Cost. *de rat. quæst. 48. num. 3.* que prueban no darse renouacion de compañia entre los hijos, aunque tengan los bienes en co-

comunidad,quando el padre tiene el vſufructo dellos.

48. Pruebaſe,pues,nueſtra limitacion,y doctrina del texto, *in l.Titium,& Mebium* 47. §. *altero, ff.de admin.tutor.* donde el que era compañero de otro, ſi eſte muere con hijos, y lo dexa por tutor, y curador dellos, ſi negocia en ſu nombre con los efectos de la compañia,no es viſto cõtinuarla,ſino lo que gana es ſuyo proprio,ita cum Palac.Rub. ſup. Juan Garcia, *de coniug. acq.num.* 169.

49. Y procede la deciſsion del dicho §. *altero* con mas fuerça en eſte caſo en fauor del padre,quanto es mas amplia la poteſtad con vſufructo que tiene en los bienes de los dichos hijos,que nõ el tutor, *l.cum opportet,* §. *non autẽ,* ibi: *Habeat parens pleniſsimam poteſtatem vtifrui his rebus,* & ibi: *Et gubernatio rerum earum ſit penitus impunita,& nullo modo audeat filius,vel filia vetare eum in cuius poteſtate ſunt eaſdem res tenere,aut quomodo voluerit gubernare, C.de bon.quælib.*

50. Y aſsi en duda es viſto, que el padre queda por eſte titulo,y poteſtad en los bienes de los hijos,gozandolos por ſi,y en ſu proprio nombre,que le es titulo mas proficuo, y no como compañero, *ex dict.l.Titium,* §. *præfectus.*

51. Y es regular,que quando ſe pudo hazer vn acto por vno de dos titulos, ſe entiende hecho por el que le es mas vtil al que lo haze. Alex. *conſ.* 55. *col.* 2. & 3. *verſ. Quarto, reſpondeo* Aym. *conſ.* 106. *num.* 9. Jacob.Cancer. *tom.* 2. *variar. cap.* 6. *num.* 106. Menoch. *de arbi.cap.* 126. *nu.* 8. & 9. Rolan. *conſ.* 90. *num.* 21. *volum.* 2. Matienç *in dict.l.* 2. *Gloſſ.* 1. *num.* 14. & 38.

52. Y querer los hijos, que el padre ſea viſto quedar en ſus bienes,y gozar dellos,no para ſi proprio, ſino como compañero, y para el vtil dellos, no ſolo es contra la preſumpcion del Derecho *in dict.l.Titium,* §. *præfectus,* vbi Bart. *ff. de administr.tut.l.& magis,ff.de ſolut.* Dec. *conſ.* 41. *num.* 2. ſino es contra aquella pleniſsima poteſtad, y voluntad que la ley le dà en dichos bienes,y cõtra las palabras,y deciſsion del Texto, *in dict.* §. *nõ autẽ,* ibi: *Et nullo modo audeat filius,vel filia vetare eum in cuius poteſtate ſunt eaſdes res tenere, aut quomodo voluerit gouernare.*

53. Pruebaſe tambien mas expreſſamente eſta doctrina, de otras palabras del miſmo Texto, *in dict.* §. *non autem, verſ. Etſi,* ibi: *Etſi quid ex vſu earũ rerum pater auus, vel pro auus colle-*

collegerit habeat licentiam, quem admodum capit hoc disponere, & in alios hæredes transmittere, vel si ex earum rerum fructibus res mobiles, vel immobiles comparaberit, eas etiam quem admodum voluerit habeat, & transmitat, & in alios conferat. Palabras tan claras, que no necessitan de ponderacion; y assi es contra esta ley derechamente en este caso, el intento de los dos hijos, en pretẽder, que lo que el padre ganó con su industria, y el vsufructo de los bienes maternos, no sea suyo todo, sino comun dellos.

54. Lo quinto, demás del fundamento tan solido de derecho que tiene nuestra opinion, contiene tambien grande equidad, que el Juez debe siempre atender, *l. 1. ff. de minor. l. fin. insi. ff. de officio præs. l. placuit, C. de iudicijs.* Pues quando el padre no tiene mas hijos que los de primer matrimonio, siendo sus necessarios herederos; y por este camino son para ellos los bienes que adquirió siendo viudo. ¶ Solo

55 mira esta opinion a que tenga mas quinto, de que pueda disponer el que los adquirió todos, que es bien clara equidad, y assi el aumento del quinto es fauorable. Angul. *de melio in l. 10. Gloss. 2. num. 19.* Ayor. *de parti. 2. par. quæst. 4. & 5.*

56. Y quando ay tambien hijos de segundo matrimonio, como en este caso, mira a que sucedan tambien en dichos bienes, y se guarde igualdad entre todos los hijos; la qual es muy fauorable en derecho, *l. vt liberis,* ibi: *Æqua lance parique modo, C. de collat. l. penul. insi.* vbi Bal. *C. commun. diuid.* Baeza *de non melio. rat. dotis fil. cap. 2. nu. 36. & ex alijs* Fontan. *de pact. nuptial. cla. 4. Gloss. 9. part. 1. num. 14.* D. Ambr. *lib. de Ioseph Patriar. cap. 2.* ibi: *Iungat liberos æqualis gratia, quos æqualis iunxit natura.* Ant. Robert. *lib. 1. de re iudi. cap. 15.*

57. Y en especial se debe guardar, y fauorecer entre los hijos de primero, y segundo matrimonio, ex Bal. & alijs D. Valenç. *cons. 129. num. 10.* porque con la igualdad se conserva la concordia entre ellos: *Quæ omni lucro est præferenda, l. repræhendenda, C. de insti. & subst.*

58. Y por el contrario la desigualdad, que se seguirá de la opinion contraria, est inimica legibus Cephal. *cons. 784. num. 34.* D. Valenç. *dict. cons. 129. num. 6.* Y della resultan discordias, quæ evitari debent. Maximè: *Inter fratres in quibus odio-*

odiosiores sunt, quam inter extraneos, l. cum oportet, §. sin autem, ibi: *Ne alterationis cuiusdam, maximè inter fratres oriatur occasio, C. de bon. qualib.* & ex alijs D. Valenç. *sup. num.* 4. *& seqq.* Y mucho mas entre hermanos de dos matrimonios, en quien mas faciles, y ordinarias son las dissenciones; *& ubi maius est periculum magis est subveniendum, l.* 1. §. *sed si quis, ff. de carb. edict. l. fin. ff. de abigeis.* Y assi para conservar la igualdad, se incluye en la disposicion lo que, aliàs, no se incluyera, *l. quæsitum, §. sed, & ipse Papinianus, ff. de fun. instruct.* & cum Bar. Bal. & Sosin. Aymon. Crau. *cons.* 133. *num.* 7.

59. Y por la misma razon se restringe la disposicion general, por guardar igualdad, ex Sos. & Aret. Crauet. *sup. nu.* 8. Y assi por solo este fundamento se debia restringir, y limitar en este caso la opinion contraria, aunque, aliàs, estuuiera fundada, y fuera seguible.

60. Lo sexto, compruebase el fundamento de arriba, considerado que para ser visto renovarse, y continuarse la compañia se requieren actos, que de tal suerte concluyan para ello, que no puedan hazerse con otro titulo, y animo, *ut argumento l. gerit pro hærede, ff. de acq. hæred.* vbi Bart. *num.* 9. *& l. Papinianus, ff. eodẽ*, in proposito Card. Manti. *de contract. lib.* 6. *tit.* 26. *num.* 16. Ant. Fab. *in C. lib.* 6. *tit.* 27. *deff.* 4. *& cum alijs plurimis* Giurv. *in consuetu. Mes. cap.* 1. *Gloss.* 6. *part.* 1. *num.* 42.

61. Y assi auiendo tenido el padre en este caso otro titulo, que es el de administrador legitimo, y vsufructuario para administrar los bienes de los hijos, y grangear con ellos, estos actos no pueden concluir para la renouacion, y continuaciõ de la compañia, ex supradictis, & ex Nata. & alijs Mascard. *de proba. concl.* 31. *num.* 8. Juan Garc. *de coniu. aquest. num.* 169. y en duda no es visto renouarse; y quien se funda en la renouacion, y continuaciõ della, la debe probar (por actos concluyentes, que no puedan hazerse con otro titulo, como està dicho.) Mantic. *sup. nu.* 7. Mascard. *concl.* 1317. *num.* 9. Juan Cephal. *cons.* 247. *num.* 20. *lib.* 2.

62. Lo septimo, porque para renouarse en este caso no bastaua la voluntad del Capitan Nicolas Rufo, sino era necessario que concurriesse el consentimiento de los dos hijos, ex Bal. & alijs Mantic. *sup. num.* 6. *Nec consuetudine induci potest,*

test, vt sine tali consensu societas renouetur cum is requiratur ad substantiam contractus sine qua consistere non potest. Mantic. *sup. num.* 19. Y auiendo quedado pupilos los dos hijos del primero matrimonio, no pudieron consentir en la renouaciõ y continuacion de la dicha compañia; y assi tambien por el defecto de su consentimiento, no se pudo tener por renouada *l. vt in conductionibus insi. ff. pro soc.* Dec. *cons.* 21. *num.* 4 & cum Bar. Bal. Ang. Jac. Rom. Alex. & alijs Menoch. *de præs. lib.* 3. *præs.* 56. *num.* 6. *& seqq. vbi num.* 7. *reddit rationem,* ibi: *Et ratio est manifesta, quia contractus societatis est vltro citroque obligatorius, l. societates, § vlt. ff. pro soc. ea propter pupillus, qui obligari non potest, l. obligari, ff. de aut. tuto. non etiam contrahere societatem potest.* Vvald. *de dub. frat.* 3. *part. num.* 3. Mantic. *sup. num. fin.* Mascard. *dict. conclus.* 31. *num.* 11. *&* 12. Juan Cephal. *cons.* 247. *num.* 19. *lib.* 2. & cum Morquech. *de diuis. bon. lib.* 2. *cap.* 3. *num.* 29. *& cap.* 15. *num.* 40. Giurv. *in cons. Mesan. cap.* 1. *Gloss.* 6. *part.* 1. *num.* 163.

63. Y no obstarà dezir, que por aver sido en este caso vtil à los dos hijos pupilos, fue visto consentir en la renouacion de la compañia; porque lo contrario es cierto en derecho, que aunque fuesse vtil, no es visto renouarse con ellos; vt ex Bal. *in l. cum opportet, num.* 9. *in fin. C. de bon. qualib.* & cum Jas. Menoch. *sup. num.* 11. & Mascard. *num.* 15. Morquech. *dict. cap.* 3. *num.* 32.

64. Ni se puede dezir absolutamente vtil el contrato de la compañia, en que se debe estar tanto al daño, como à la ganancia, *l. si vnus* 67. *l. cum duobus, § damna, ff. pro soc.* Giurv. *sup. cap.* 9. *Gloss.* 4. *num.* 61. Y no pudiẽdo los dos hijos siendo pupilos renouar la compañia sin autoridad, *dict. l. in conductionibus, ff. pro soc.* Bal. *cons.* 109. *lib.* 2. Ang. *cons.* 60. Ceph. *cons.* 248. *num.* 19. esta no la podia prestar el Capitan Nicolàs Rufo su padre, por ser el contrato consigo mesmo, *l.* 1. *ff. de aut. tut.* Dec. *dict. cons.* 21. *vers. Secundo, in nostro casu.* Vvald. *de dud. frat.* 3. *part. num.* 5. Ceph. *cons.* 248. *num.* 30. Alcia. *de præsumptionib. reg.* 1. *præs.* 25. *num.* 2. Menoch. *ex alijs dict. præs.* 56. *num.* 14. D. Valenç. *cons.* 148. *num.* 35. y necessitauan para ello de licencia del Juez, ex adductis per D. Valenç. *sup. num.* 36.

65. Lo octauo; porque por aver sido los dos hijos en este

caso pupilos, y por ello no aver prestado, ni podido prestar su consentimiento, se sigue, que si sin èl se entendiesse renouada la compañia, y en ello huuiera pèrdida, y el padre contraxesse deudas en la negociacion, estaria en voluntad de los hijos el no padecer el daño, ni contribuir en la paga de las deudas, con dezir justamente, que no dieron su consentimiento que era necessario para renouar, y continuar la compañia, y quedar obligados por ella: y assi aora para la ganancia no pueden dezir, y pedir lo contrario, *l. penult. C. de solut.* y de otra suerte seria en este caso claramẽte compañia leonina, solo para la ganancia, y no para el daño *l. si non fuerit, § fin. ff. pro soc. l. 4. in fin. tit. 10. part. 5.* in proposito Gabriel. *deciss. 8. num. 20.* Matien. *in l. 2. Gloss. 1. num. 16. ad fin. tit. 9. lib. 5. Recop.* y tal compañia no puede valer, vt in proposito ex Bal. & Socin. Cephal. *cons. 248. num. 34. & probatur ex dict. l. 4. in fin.*

66. Ni se diga que estos fundamentos proceden en la compañia convencional, y no en la conjugal, porque esta recibe las mismas declaraciones, y limitaciones que aquella, vt cum Matien. & Gutier. Hermos. *in l. 49. Gloss. 6. num. 9. vers. Que tanta, tit. 5. part. 5.*

67. Lo nono, porque para ser visto renouarse, y continuarse la compañia, no basta solo el quedar los bienes en comunidad sin diuidir, *l. ex parte, § filius, ff. fam. ercisc. l. cum duobus, §. si frater, aliàs, l. si frater, ff. pro soc.* Dec. *dict. cons. 21. num. 3.* ibi: *Licet fratres retineant mortuo patre hæreditatem communem, & indiuisam non probatur ex hoc societas maximè, quando non vixerint simul*, cum alijs Cephal. *cons. 247. num. 13. & seqq.* que es lo que solamente huuo en este caso; sino era necessario que concurrieran otras dos cosas que totalmente faltaron, que son la comun habitacion, y que vnos, y otros hagan actos promiscuos en la compañia, confiriendo en ella lo que cada vno ganasse. Dec. *dict. cons. 21. num. 6.* & ex Bart. *in l. titium, § altero, num. 5. ff. de adminst. tutor.* & ex alijs Ceph. vbi sup. Matien. *vbi sup. num. 26.* Mascard. *de probationibus, conclus. 31. num. 6. & seqq.* Ant. Fab. *in cap. tit. pro socio, diferent. 3.* Mantic. *dict. tit. 26. num. 6.* D. Valenç. *cons. 89. num. 11. & seqq.* Y lo mismo sienten Gutier. y Escob. (que están citados por la otra parte) *ille de iur. confir. part. 1. cap. 48. num. 2,*

Aym.*in rub.ff.de leg.*1,*num.*77.& cum Bal.*in l.hac ædictali, C. de secund. nup.* & plurimis alijs Matien.*in l.9. Gloss.*1.*num.*4. *tit.*1. *lib.*5.*Recop.* Joan.Gutier.*in pract.lib.*2,*quæst.*123.Pinel. *in l.*1.*C.de bon.mat num.*34 & 35, & 36. *Vbi loquitur in specie de acquisitione vsusfructus paterni.* Joa.Gar.*de coniug.acq. num.* 172.& 187. Y consiguientemente desde que se le adquirió al padre el vsufructo de los bienes maternos,cessó,y se im pidió la continuacion de la compañia conjugal cõ sus dos hijos,*extraditis sup.num.*69.Y quando todavia se entẽdiesse continuada, avia de ser para el padre el lucro della, desde que se le adquirió el vsufructo de la parte, y bienes de los hijos,*ex l.cum opportet,* §.*non autẽ, vers.Et si,C.de bon.quælib.*

78 Ex quibus omnibus facilime diluuntur contraria fun-
damenta, supra adducta. Porque el primero queda ener-
vado, y se excluye por lo dicho, *sup. num.* 14. & *seqq.* Et
maximé, por las tres opiniones que concurren en fauor de
79 el Capitan Nicolas Rufo, *ex dictis sup.num.*25. & *seqq.* ¶ Y
porque la regla de presumirse de presenti in præteritum,
en que estrinaua el fundamento contrario, se limita, y no
procede en materia de riquezas, *vt sup.num.*19.& *seqq.*

80 El segundo no procede en este caso, y se excluye clara-
mente por todos los fundamentos deste informe, pues de-
más de que la opinion contraria, en que estriua la preten-
sion de los dos hijos, se funda en las leyes del fuero, cuyo
vso no se ha probado como era necessario, sino antes se
halla juzgado en España contra la dicha opinion, *vt sup.*
81 *num.*38. Mirados bien los Doctores qne la siguen, referidos
sup. num. 2. los principales dellos, como son Palacios Ru-
bios (a quien todos los demàs refieren, y siguen) y D. Valẽ-
çuela, la distinguen, y limitan en los terminos deste caso,
quando quedó el marido viudo, y es vsufructuario de los
bienes de sus hijas, por tenerlos en su potestad. Y los de-
más Doctores hablan generalmente, quando muere vno
de los casados, sin considerar quando el padre queda con
hijos en su potestad, y vsufructuario de sus bienes; y todos
refieren, y siguen en su generalidad a Palacios Rubios, sin
contradezirle en la limitacion deste caso, con que antes
mas es visto aprobar su doctrina, que apartarse della, *ex ad-*

82 *ductis sup.num.* 43. *in fin.* Y solo Gomez de Leon habla en este caso de quedar viuo el marido con hijos en su potestad; pero no responde a la razon de ser vsufructuario de sus bienes, ni haze mension, ni se acuerda della, quiçá por
83 no poderla respōder. ¶ Y como quiera, este Autor, ó otros semejantes, que se hallasse tener la opinion contraria, no se deben atender, asi por no fundarla bien, como por no poder competir con tantos, y tan graues Doctores como tienen nuestra opinion, referidos *sup.num.*43.46.& 47. ¶ Y
84 aun quãdo se halláran otros tantos, y tan graues Doctores por la opinion contra, se debia seguir la que distingue, y sigue la limitacion de nuestro caso, pues se debe estar á la opinion que distingue, *ex Gloss.in l.apud antiquos, verbo omnibus, C.de furt*, Ceuall.*com.op.in præfa,num.*57. Lar.*de anniuer. lib.*1.*cap.*9.*num.*48.Surd.*cons.*360. *num.*30. Mar. Giurb.*cons.*
85 75.*num.*11. D.Valenç. *cons.*121.*num.*4. ¶ Y mas siendo tan fundada en textos de derecho, vt patet, *sup.num.*48.& *seqq.*
86 Y siendo la mas equa, y benigna, *vt sup num.*54.& *seqq.* Y asi se debe preferir, *l.in his, ff.de condit.& demons.ca.*2.*de reg. iu.*Menoch.*de arbitrar.*199.*nu.*46. D.Valen.*cons.*128.*nu.*69.
87 Y finalmente la opinion contraria no entra, ni puede proceder en este caso, por aver sido los dichos dos hijos pupilos, y ausentes, y no aver podido prestar por su parte consentimiento alguno, cohabitacion comun, ni actos promiscuos, ni bienes vtiles para la renouacion de la compañia, todos requisitos necessarios para ella, vt patet, *sup.num.*62.& 67.& *seqq.*

89. Ni obsta el tercero fundamento contrario, porq̃ segun la mas comun, y verdadera sentencia, el padre no está obligado a hazer inventario, ni dar cuenta de la administraciõ de los bienes de sus hijos, vt per Pinel. & Gabr. Enriq. *adductos sup.num.*43.& ex Cin.& Bal. Ant. Gom. *in l.*48.*Taur. num.*16, Molin.*de primog.lib.*1.*cap.*15.*num.*33.& 39. Azebe. *in l.*4.*num.*51.*tit.*1.*lib.*5.*Recop.*Matien.*in l.*3. *Gloss.*2. *num.*16. *tit.* 1. *lib.* 5. *Recop.* & cum multis D. Joan. del Castillo *de vsufruct.cap.*3.*num.*87. Pat. Thom. Sanch. *lib.*1.*consiliorum*
90 *moral. cap.*2. *dub.*6. ¶ Lo qual es por la confiança grande q̃ el Derecho haze de los padres para con los hijos, *l.nam et si ff.de*

ff.de in offi.testam.Gloss.in l.quidam cum filium,ff.de hæred. insti.
Tiraq.in l.si unquam in præfac.num,7.& 9.D.Joan.del Cast.
dict.cap:3.num:86. Fontan. de pact. nup. clau.4. Gloss.7.part.3.
91 num.28.& clau.9.Gloss.vn. num.26. & 27. ¶ Aun en las co-
sas que prima facie no parecẽ vtiles a los hijos, vt ex Bart.
92 Mascard.de prob.conf.1154. num.42. Y assi aunque el padre
no haga inventario alguno, procede nuestra opinion, vt
expræsse Gabr. Enriq. & D. Joan. del Castill.adducti supr.
num. 43. sin que aya Autor alguno que en esto los contra-
diga.

93. Ni la descripcion de bienes está obligado a hazerla el
padre,como dizẽ algunos Autores, sino solo debe tolerar,
ò permitir que se haga si lo pidieren los hijos,vt explicant
Cuman.cons.88.D.Molin.dict.cap.15.nu.34. Thom.Sanch.
dict.dub.6.num.2.D.Joan.del Castill.dict. cap.3.num. 89.&
94 90.Porque no ay ley que obligue al padre a hazer tal des-
cripcion de bienes,y sin disposicion de ley no se puede dar
tal obligacion,l.dissentiẽtes,ibi:Nulla præcipit iuris constitutio,
C.de repud.l.nec non,§.quod eis,ff.ex qq.cau.ma.cap.hi qui in fin.
de sent.ex com.in 6. Quia quod lex non dicit, nec nos dicere
debemus;l.iliã,C.de collat.Et quod de iure nõ inuenitur dispositũ
non est superstitiosis inuentionibus excogitandum,cap.consuluisti 2.
quæst.5. Authen.de non elig.secun.nu. ibi: Sed erubescendum po-
tius sit, si absque lege aliquid proferatur. Surd.cons.158.num.13.
lib.2.& decis.87.num.5.& decis.271.num.9.

95. Antes el dezir, que el padre está obligado a hazer la
descripcion de bienes,es contra la confiança que el Dere-
cho haze dèl, y contra la plenissima potestad, y gouierno
impunible que en ellos le dá,in dict.l.cum opportet, §.non au-
tem,ibi: Habeat parens plenissimam potestatem. Y lo repite in-
fra,sed habeat pater plenissimam potestatem vtifrui gubernareque
res,& ibi: Et gubernatio rerum earum sit penitus impunita. C. de
96 bon. qua lib. ¶ Y ya se vè que con tal repeticion muestra la
ley mas enixa,y abundante su voluntad, ad l. Bailista, ff. ad
Trebel. & cum multis D. Joan. del Castill. lib.4 controuer.5.
per tot. ¶ Y porque si puede el padre hazer diuision de los
bienes entre los hijos,etiam sine scripto,ex l.si filia, §.si pa-
ter,ibi:Sine scriptura bona diuisit,ff.fam.ercisc.Luego no está
obli-

97 obligado á la descripcion de bienes. ¶ Y de no averla hecho no se puede deducir presunciõ alguna cõtra él, ad trad dita per Mench. *de præs. lib. 1. præs. 23. á num. 1.* ni consenti-
98 miento suyo, ex Inocen. Menoch. *num. 3. & 4. & 5.* ¶ Y vltimamente, porque en este caso tenia el padre razon de los bienes que tenia en las Indias en sus libros, y papeles, y esso bastaua, vt per Joan. Garc. *de coniug. acquest. num. 170.* Pues por ellos la sacó, y dió despues quando hizo la particion con sus hijos. ¶ Ni estando ausente en Indias pudo hazer descripcion cabal de los bienes que tenia en España.

99. Ni obsta el quarto, del riesgo a que el padre expuso los bienes maternos de los dos hijos, porque pudo hazer con ellos lo que fuera necessario para gozar del vsufructo, *ex reg. l. 2. ff. de in. om. iud. l. ad rẽ, l. ad legatum, ff. de procu.* Maximè, que para ello le dà el Derecho la plenissima potestad, *de*
100 *qua in l. cum opportet, C. de bon. qualib.* Y aviendosele adquirido al padre el dominio del dinero por razon del vsufructo, se sigue que el peligro corrió por su cuenta, y consiguientemente la ganancia, *vt sup. num. 72.*

101. El quinto fundamento que se pretende sacar por parte de los dos hijos, de la declaracion que el Capitan Nicolas Rufo, su padre, hizo en la escritura de dote de su segunda muger, se excluye con solo negarlo, y con verse toda la dicha declaracion, pues en ella no ay claridad, ni palabras algunas de los bienes que eran de su primera muger, ni de sus dos hijos. *Et quod verbis non expræssit non videtur cogitasse, C. tua. despons.* Tusc. *lit. V. conclus. 89. num. 3.* sino solo dixo los que lleuaua por capital al segun-
102 do matrimonio; y lo que dixo en la declaracion: *Que la haze para que aya claridad, y quitar pleytos entre los hijos;* fue, y se entiende, porque declarados los bienes que lleuaua al segundo matrimonio, si despues huuiesse algun aumento dellos, se supiesse a quien tocaua, y quitar sobre ello pleytos, y contiendas entre los hijos de vno, y otro matrimonio, que es el fin para que se suelen declarar los capitales, como se declara en las palabras siguientes de dicha clausula, ibi: *Y que conste del caudal, y capital que ten-*

tengo, y traygo a este matrimonio. Las quales declaran las antecedentes, *l. si servus plurium.* §. *fin. ff. de leg.* 1. *l. fin.* vbi Bart. *ff. de reb. dub.* Surd. *decis.* 288. *num.* 30. *& seqq.* Fusar. *de subst. quæst.* 851. *num.* 16.

103. Y tambien se declaran segun la materia subiecta, que era solo declarar el capital de bienes para el segundo matrimonio, *ad l. si vno. in prin.* vbi Bart. *ff. loca, l. cum pater,* §. *donatum, ff. de leg.* 2. D. Joan. del Castill. *lib.* 5. *controuer. cap.* 87. *num.* 7. *& seqq.* Y de toda la dicha declaracion no se colige otra cosa, y en ella misma se vé la pressura, é indeliberacion, y confusion con que se hizo, y se echa bien de ver della misma, assi por la ocasion en que se hizo, y averse reservado expressamente en ella el liquidar mejor los bienes, y de averse aceptado solo en lo fauorable por parte de la segunda muger, como por las partidas grandes que della han salido inciertas, y litigiosas, y no averse en ella puesto las deudas, que entonces debia el dicho Capitan Nicolas Rufo; todo ocasionado de la pressura de tiempo, y precipitacion con que hizo la dicha declaracion, como en ella lo advirtió; y assi no fue mucho que la errasse. *Clem. Pastoralis,* §. *verum de re iud. l. tutor.* §. *si tutor. ff. de adm. tutor.* Y como quiera, en qualquiera duda se debe entender en fauor de quiẽ hizo la declaracion, y q̃ menos le perjudique, *l. semper in stipulationibus, ff. de reg. iur.* Burg. de Paz *cons.* 43. *num.* 44. Gratian. *decis.* 43. *num.* 5. Cyriac. *controu.* 157. *num.* 17. Porque para que perjudique la declaracion, ha de ser clara, y liquida, ex Rom. Crauet. & alijs Grat. *sup. num.* 6. *vbi num.* 7. *Quod non est clara quando recipit aliquam disputationem.* Ex quibus omnibus, &c. Salvo, &c.

Doct. D. Roberto Ramirez de Barrientos.